

第一篇 依法行政的理念：依法行政原理研究

第一章 依法行政的理论与实践

在世纪之交的中国，依法治国已成为各级领导者、学者和民众共同关心并追求的目标，“依法治国、建设社会主义法治国家”作为基本的治国方略，得以在党的纲领性文献中正式确立。依法行政是“依法治国”这一法治系统中的基本要素，在中国已开始面临着若干理论与现实问题。有鉴于此，本章试对其理论与实践中的主要观点和存在的问题作些探讨。

一、依法行政与“依法治国”的关系

“依法治国 建设社会主义法治国家”的策略 实则是对实现法治的认同与明确（故在后文中将“依法治国”作为法治的同义语使用），它不仅具有“治国方略”的工具意义，而且具有“治国之道”的规范意义。^② 另外，作为法治意义的“依法治国”，还具

笔者以为中国现实对依法行政的要求已不仅仅是意义、作用、理论根据等问题，而是依法行政如何实现的问题。

周永坤：《依法治国建设社会主义法治国家理论研讨会述评》，江苏省法学会编《江苏法学信息》总第 31 期，1996 年 12 月 16 日。

有理性的办事原则、法制模式、法律精神和社会秩序等几层涵义。^①“依法治国”的本质在于政府依照人民制定的法律治理社会和管理国家事务、人民依法管理和监督政府，治国的主体是人民而不是领袖，治国的支配力量来源于人民的整体意志（“公意”）而不是领导个人的意志，治国的重点在于“治官”而非“治民”。^②

法治，与人治相对立，自亚里士多德提出法治的定义以来，其内涵就不断扩充和深化，但其两个基本要素是不可缺少的：普遍地服从法律和良好的法律。1956年在印度召开的“国际法学家会议”上通过的《德里宣言》，提出了法治的三大要件（或称三大原则）：立法机关制定良法（维护人权）、行政法治（防止行政权滥用且使政府有效地维护法律秩序）、司法独立和律师自由。^④就各国的法治实践而言，虽其提法有别，但其基本的内容或要素则是共同的，并随着时代的演变产生若干新的内容。如在德国，认为法治（“依法治国”）包括一系列原则：权力分立原则、依法行政原则、国家行为之可预测性原则、禁止越量裁处原则、自治行政主义、司法独立（独立法院法律救济之许诺），而且这些原则还可

孙笑侠：《法治合理性及其代价》，《法治研究》，杭州大学出版社1996年版，第42—45页。

江泽民同志在党的十五大报告（《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》）上对“依法治国”所作的解释，基本上是对法治的本质概括。“依法治国，就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理事务，管理经济文化事业，管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人看法和注意力的改变而改变”。

亚里士多德认为“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”。亚里士多德著：《政治学》卷四，章八，见《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第55页。

参见王人博等著：《法治论》，山东人民出版社1989年版，第131页

衍生出其他子原则。^①从上述关于法治的理解和实践来看，我们可以发现依法行政是法治的基本要素，如果没有行政法治，一个国家是不可能建成法治国家的。就中国目前的法治要求来说，依法行政与“依法治国”应处于一种什么样的关系状态呢？江泽民同志认为，“依法行政是依法治国的重要基础”。^②应松年教授曾对此有所发挥，认为“没有依法治国的大环境，就谈不上依法行政。而依法行政又是依法治国的核心、难点，以至终点所在。”^③笔者以为，“依法治国，建设社会主义法治国家”是一项十分艰巨的系统工程，各法治环节或部分相互联系的，它们不能孤立地存在。因此，我们不能专门就某一方面来谈法治，对此必须全面、整体地把握法治的各个环节，而不能忽视其中的某一环节或部分，否则，就不可能实现法治。我们需要在整体的法治国家的观念支配下，认识到法治工作的重心所在。笔者认为，当前的法治工作重心是依法行政。只有以依法行政为重心和突破点，人治的现状才可望改变，法治才可望实现。在注重依法行政这一重心时，还必须同时从法治的条件创造、法治的观念更新、制度的创新、道德的建设等方面努力，多管齐下，方会有法治国家的建成。

二、依法行政的理念

（一）各国依法行政的基本观念

依法行政或称行政法治，是行政法中的基本原则，其概念的形成及其内容的变化可以说与行政法的产生和发展呈并进之态势。各国由于宪政体制及法律制度的差异，理论学说及实践对依法行政往往有不同的诠释。依法行政在名称的使用上，德国称为“依法行政”（Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung），法

参见城仲模著：《行政法之基础理论》，台湾三民书局 1983 年再版，第 39—41 页。

1996 年 2 月 8 日江泽民同志在中共中央举办的法律讲座上的讲话。

③ 应松年：《依法行政论纲》，《中国法学》1997 年第 1 期，第 33 页。

国称为“行政法治”(Le principe de la légalité administrative, 亦可译为行政合法主义)英国称为“法治”或“依法行政”(The rule of law 或 Administration according to the law, 也有人译为“法的支配”), 日本国称为“依据法律行政或法治行政(法律にちり行政)”。提法的相异也表明各国在依法行政的观念和具体实践上也有所差别性, 但行政必须依法进行这一实质内容则是共同的。

在德国, 创立德国行政法学的巨匠奥托·麦耶(Otto Mayer)认为依法行政即法律支配, 其概念应包含下列三要素: 第一, 法律的法规创造力, 即凡规定有关人民自由、财产权之法规, 应受法律支配; 第二, 法律优位, 即法律对于行政权的优越地位, 以法律指导行政, 行政行为与法律相抵触者应不发生效力; 第三, 法律保留, 即有关基本权利的限制应以法律制定。^①从德国的法制实践来看, 依法行政原则主要包括法律优先原则和法律保留原则。

在法国, “行政活动必须遵守法律。法律规定行政活动的机关、权限、手段、方式和违法的后果。法国行政法学称这种制度为行政法治原则或法治国原则。”^②行政法治原则又可称为行政合法主义原则, 在近代以及现代法国受到高度重视, 认为是行政法的基本原则。行政法治包含了三层涵义: 第一, 行政行为必须根据法律; 第二, 行政行为必须符合法律, 无论是羁束权限行为还是自由裁量权限行为; 第三, 行政机关必须采取行动保证法律规范的实施。^③

在英国, 法治原则在行政法领域内显得特别重要, 可以说是英国行政法的精髓。法治的基本含义就是任何事情都必须依法而为。在行政法中, 它要求: 第一, 政府行使权力的所有行为, 都必须要有严格的法律依据, 否则就是违法侵权行为而被法院撤销

参见城仲模著:《行政法之基础理论》, 台湾三民书局 1983 年再版, 第 5 页。

②③ 王名扬著:《法国行政法》, 中国政法大学出版社 1989 年版, 第 195、196—198 页。

或无效；第二，政府必须根据公认的、限制自由裁量权的一整套规则和原则办事；第三，对政府行为是否合法的争议应当由完全独立于行政之外的法官裁决；第四，法律必须平等地对待政府和公民。^①

在美国，法治原则一般称为法律最高原则。法治是美国行政制度的一个基本要求，但是美国的行政法学和宪法学著作中很少讨论法治原则。从美国的法制理论和实践来看，其法治原则包含下列因素：第一，基本权利。法治原则承认法律的最高权威，要求政府依照法律行使权力，并且法律也必须符合一定的标准，否则法律也可作为专制统治的工具，这和法治的目的背道而驰。第二，正当的法律程序。为了保护公民的利益不受政府和官员不正当的侵犯，还必须在程序方面对政府权力的行使加以限制。第三，保障法律权威的机构。法律规定的权利和程序必须执行，否则所谓法治只是一个骗局，因此，必须要有保障法律权威的机构以限制政府权力、保护公民权利从而保障法治的实施。^②

在日本国，行政法治称为“根据法律行政”或称为“法治行政”。日本国的“根据法律行政”原则深受德国“依法行政”原则的影响。在当代，仍多沿袭奥托·麦耶关于依法行政的三原则，即“法律的（专权的）法律创造力”原则、“法律优位”原则和“法律保留”原则，另有人概括为法律保留、法律优先和司法审查三个原则。^③不论如何概括或归类，但“根据法律行政”原则包含法律优先和法律保留这两个基本原则是不变的。

（二）我国的依法行政涵义析解

参见〔英〕威廉·韦德著：《行政法》（中译版）中国大百科全书出版社 1997 年版，第 25—28 页。

王名扬著：《美国行政法》（上），中国法制出版社 1995 年版，第 110—117 页。

〔日〕藤田宙靖、李贵连、宋坚雷译：《行政与法》，《中外法学》1996 年第 3 期，第 75 页；〔日〕南博方著：《日本行政法》，杨建顺、周作彩译，中国人民大学出版社 1988 年版，第 10 页。

在我国,“行政法治”一词多为行政法学理论界所使用。与此相关的还有其他不同的提法。这些不同的名称主要表现在:其一,只提“行政法治”原则;^①其二,将“行政法治”原则与“依法行政”原则同等使用;^②其三,只提“依法行政”;^③其四,以“法治行政”取代“依法行政”的提法;^④其五,“行政法制”原则;^⑤其六,以“行政合法性原则”代替行政法治原则提法,认为行政合法性原则是依法治国原则在行政管理领域的具体运用。^⑥中国共产党十五大文件及其他有关文件明确提出了“依法行政”的概念。因此,我们将“依法行政”的提法所含盖的内涵扩大到“行政法治”的层面(严格地说,从我们的语言习惯和理解来看行政法治的层次与境界及要求高于“依法行政”,“依法行政”易给人造成一种仅为表层的法律工具意义的感觉。鉴于此种考虑,我们并不是仅停留在字面意义上来理解“依法行政”而是从实质意义的法治这一深层次角度来理解“依法行政”)。

依法行政作为一项基本原则,是“依法治国”(法治)原则在行政领域中的具体运用,其基本涵义在于行政机关(包括其他行政主体)行使行政权必须依法进行。有人认为行政法治原则对行政领域中各种关系主体都适用,它要求行政主体、行政相对方及监督行政主体都必须守法。^⑦也有人认为行政法治或依法行政是对行政机关提出的要求,即行政机关行使行政权力、管理公共事务必须由法律授权并依据法律规定。^⑧也正如江泽民同志所说,

参见罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第55页;朱新力著《行政法基本原则》,浙江大学出版社1995年版,第33页。

张尚鷟主编:《行政法学》,北京大学出版社1991年版,第31页。

应松年:《依法行政论纲》,《中国法学》1997年第1期,第29页。

范沁芳、宋超:《时代的强音;依法行政——全国行政法研究会1996年年会综述》,《法律科学》1997年第2期,第96页。

⑤ 皮纯协主编:《中国行政法教程》,中国政法大学出版社1988年版,第18页。

⑥ 叶必丰著:《行政法学》,武汉大学出版社1996年版,第35页。

⑦ 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第54页。

⑧ 参见应松年:《依法行政论纲》,《中国法学》1997年第1期,第29页。

“一切政府机关都必须依法行政”（见江泽民在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告第六部分“政治体制改革和民主法制建设”）。我们同意后一种看法，依法行政是对行政活动的要求而不是对行政相对人活动的要求，否则就会发生法治的错位。在依法行政的具体内涵上，人们往往有不同的理解和认识。以往人们一般将依法行政原则分解为行政合法性原则和行政合理性原则，最近有人充实其内涵，认为“依法行政”的内涵包括：职权法定、法律保留、法律优先或称法律优位、依据法律、职权与职责统一。^①笔者以为，依法行政的内涵可从下列几个方面来理解：

其一 依法行政中的“法”（即解决依什么“法”的问题），在依法行政中，我们必须对“行政”和“法”的概念有明显的认识，否则其内涵就会模糊不清并导致理论和实践上的混乱。关于“法”的理解，我们以为可以在不同的层面上予以界定。

从本质上说，此处所说的“法”必须是体现人民整体意志（公意）的法，而不能是长官意志、个人意志、少数利益集团意志的反映。在这方面，我们还需要扩大民意。但如何将民意体现在法条中，这又是一个需要在法治实践操作中具体体现的问题。结合目前的情况，立法可以先由专家起草法案，对法律草案应广为告之，使全体人民知悉全民意志为何，并充分听取意见，再由具有广泛代表性的人民代表对法律草案行使表决权从而形成法律，这样有利于建立良好的立法秩序而不致“立法不法”。如果不考虑法律的正义性、正当性，而简单地以“命令就是命令”、“法律就是法律”来行政，则与民主和法治国家的要求相违背，这种“依法行政”不仅不会有利于法治，相反只会有害于法治（如此乃“非法治国”之表现）。

从形式上来看，所指之“法”应限定在法律、法规（包括自治条例和单行条例）两种形式上。依法行政应避免“法”之泛化，

参见应松年：《依法行政论纲》，《中国法学》1997年第1期，第29—32页。

否则就会使行政与法的界限模糊。从德国、英国的法治实践来看，总的来说仅限于议会制定的法律以及基于议会授权的“授权立法”（或“委任立法”），在我国，规章实则是行政政策（授权的例外）的表现，而且规章在数量上远远超过法律，在质量上也多劣质，这种情况势必对法律构成威胁，“规章的泛滥必然导致法治的落空”。^①当然，我们并不反对依规章行政，对规章我们可以采取一种比较务实的态度，有限的承认规章，即规章符合宪法、法律、法规的，行政机关应以此为依据而行政，反之则不得以规章为依据。因为规章本身还存在是否“依法”的问题，规章的创制活动作为一种行政行为，自身也必须依据法律、行政法规进行，否则即应无效。

从法律要素上看，依法行政之“法”不仅应包括法律规范，还应包括法律原则以及法律目的和法律精神。对依法行政的“法”不能仅停留在法律具体条文规定的理解上，它还应包括法律的一般原则以及法律目的，另外，还应涵盖法律条文背后所隐含的法律精神、法律价值。否则就是对法律的机械理解而不利于法治。

从法律的成文法或不成文法渊源来看，依法行政之“法”原则上应采成文法主义。法可分为成文法（制定法）和不成文法（非制定法）。在我国，现行的法律表现为成文法，行政往往以成文法（制定法）为唯一依据。但成文法有其固有的缺陷，而且在行政领域成文法还有诸多不完备之处，从法治的发展和完善来看，应将不成文法纳入“法”之范围作为成文法不足的补充。从解决我国法律体系不完备的情况来看，我们以为有必要引入判例法制度。

其二，在依法行政中行政与法的关系（即解决行政如何“依”法或者说应如何“治”行政的问题）。行政与法的关系问题，是各国行政法的关注焦点。无论是英美国家的限制行政权力观念还是大陆法系国家的依法行政观念，都旨在确定和有效处理

孙笑侠：《论新一代行政法治》，《外国法译评》1996年第2期，第65页。

二者的关系。正如日本学者藤田宙靖所概括的一样，“这是近代公法学和近代行政法学上最为关心的问题之一，也可以说是关于近代法治主义在行政领域中应该如何适用，以及‘依法行政’的理论应该以何种程度和什么方式来实现的问题。”^①

关于“行政”的概念，理论上众说纷纭，但其基本的内涵则是指一定的国家组织（行政机关）为实现国家职能、维护公共利益而进行的活动（及过程）。行政作为一种国家活动，即政策的实施，是随着国家的产生而产生的。这一概念本来与法不相关。在专制时代，人的意志支配行政，行政活动无需法律准许。在行政领域里，专制君主或者封建领主无需依据法来进行活动，他们实行的是专断统治。为了革除行政领域里的人治陋习，法国革命后的近代民主国家都相应地确立了以行政法治（或依法行政）为内容的法治国家原则。因此，我国在对待行政与法的关系上，必须明确：行政离不开法，它必须要有法来规范，通过法来约束行政权的随意性。“根据法的合理性来制约行政的随意性”，是各国依法行政理论与实践的共同点。^②我们认为在行政与法之间，是法控制或支配行政而不是行政优先于法。当然，法对行政的控制并不是要捆住“行政”的手脚，而是一种积极的保障（有效行政）与消极的防范（防止滥用行政权力）的统一。^③在法对行政的控制关系上，我们可以理解为，法律与行政相联合而非相对立，“那种认为发达的行政法体系必定对高效的行政管理起反作用的观点是错误的。”“行政法和行政权力应该成为朋友而不是敌人。法律能够 and 应当做的贡献应是创造而不是破坏。”^④

「日」藤田宙靖（李贵连、宋坚雷译）：《行政与法》，《中外法学》1996年第3期，第73页。

「日」藤田宙靖：《行政与法》，《中外法学》1996年第3期，第75页。

有关法律控制行政的理解，详见杨解君：《当代中国行政法（学）的两大主题》，《中国法学》1997年第5期。

④ [英]威廉·韦德著：《行政法》（中译本）中国大百科全书出版社1997年版，第24页。

在行政与法的关系上，总的来说应坚持法控制或支配行政。具体而论，我们以为可以引进德日等国的“法律优先”原则（即一切行政活动不能违反现行法律规范而进行）和“法律保留”原则（即禁止没有法律授权的行政活动）。^①在行政与法的关系上，我们应防止下列几种倾向：（1）将法只是作为象征而不是实实在在地依法行政。法律不能仅起象征性作用，它必须在实际生活中得以实现。如果在行政领域中将法律的规定只是作为一种摆设或幌子而不是真正实施法律，这种行政仍是人治行政。这实则是无视法律权威。（2）将法作为行政的一种手段即“以法行政”。有人认为“以法行政”是行政法的一项基本原则，它主要是指各级行政机关运用行政法手段来管理社会事务，以法的强制性与稳定性维护行政权威从而提高行政效能，它强调的是行政相对人应服从行政机关的管理。^②我们认为“以法行政”的提法是不值得提倡的。“以法行政”是行政机关用法这种工具来治理人民，它并没有摆正行政必须服从法的关系，而是将法作为行政的一种从属工具来看待，这与中国古代法家所提倡的“法治”（中国古代法家的“法治”观与“礼治”相对立，他们主张用法治天下，君主是治天下的主体，民众是被治的客体，而这实为人治，与法治即 rule of law 是格格不入的）又有何区别呢？（3）规避法律而行政。从表面上看，行政机关似乎依法办事，但实则是规避法律的规定或者钻法律的空子从而表现为一种“逃法”现象。这种“逃法”也是与依法行政的要求相违背的。在这方面，要求我们既要完善法律规定，同时也要以职责限定行政并要求行政与其职能和目的相符合。（4）误解或曲解法律而行政。行政机关表面是根据法律在从事行政活动，但却错误地理解法律或者故意曲解法律而适用法律。这实则是一种行政违法行为，属于依法行政应予防止和矫正的部分。（5）突

该两项原则的具体阐释详见后文“行政合法性原则”的内容。

② 参见熊文钊著：《行政法通论》，中国人事出版社 1995 年版，第 91 页。

破法律规定而行政。现行法律中，由于很多法律是在以往计划经济体制时代制定的，已有很多不能适应当前社会的需要。因而实践中有种倾向，认为应突破法律的规定，曾有一个时期这种做法被大肆渲染，以至于有过“闯不合时宜的法规禁区”的口号。^①我们认为这种做法是严重危害“依法行政”的，如此永远也不可能实现法治的实现。只能先以新的法律规定取代旧的不合时宜的法律规定，然后行政活动依据新法实施。绝不能允许行政突破法律规定，否则法律还有何权威可言。对此，要求立法工作必须及时地立改废，从而使法律与社会的需求相一致。

其三，行政与法的关系的保障（即如何使依法行政得以实现）。法必须高于行政，行政必须服从于法，这是行政与法的基本关系，也是依法行政的基本内涵。但是，这一关系的实现，是需要一系列制度、体制和思想意识等方面的条件与措施来予以保障的。仅就依法行政的内部系统而言，主要是建立相应的体制和采取措施有效地防止和矫正行政机关有害于依法行政的行为，即依法行政的保障。凡行政机关不按依法行政要求而为的行政行为，都应属防范和消除的范围。其中重点是防止、矫正违法的行政行为以及消除违法的效果。依法行政的实现，从政治角度而言，必须要有民主政治制度保障：必须要有公民对行政机关有效行使监督权利的体系，必须要有健全的舆论体系来监督行政机关的行为。在法律的保障方面，首先，必须要在行政程序上采取措施（如听证程序、公开程序、说明理由程序等）防止违法行为的发生；其次，要在效力上采取撤销或“无效”等办法使行政违法行为不能发生法律效力；再次，对行政违法的行政机关及行政公务人员必须给予制裁；最后，必须要有健全的行政救济制度（主要包括行政复

参见刘增祺、李江著：《行政规章分析》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 69 页。

议、行政诉讼和行政赔偿制度)^①以有效地监督行政机关和保障公民的合法权益。

三、我国依法行政的现实问题与出路

在中国，法治已不是一个“要不要”实现的问题，而应是强调如何实现的问题。因此，我们应重于实践和操作层面问题的探讨，从而促使法治的早日实现。目前，中国社会正处在一个从人治走向法治化的转折点上，依法行政也还只是处于起步阶段，行政的法治化还面临十分艰巨的任务。就现实条件而言，无论是在制度上，还是在人们的思想观念上都需要创新。我们以为，目前有碍于依法行政实现的现实问题，在制度方面主要表现在：立法方面存在无序（即立法无法）、缺乏民主性、追求数量而忽视质量等现象，在法律的执行方面突出的是无序、疲软，司法方面主要是不公正问题；在观念方面主要的问题是仍然存在着严重的人治观念、法律工具主义观念、治民不治官观念等。针对这些现实问题，我们认为目前主要应从制度层面和观念层面作相应的调整和转变，以寻求法治的真正实现。当然，我们对现实问题的检讨，并不是对我国法治的否定，而是为了有助于法治的实现与完善。

（一）制度层面的问题与相应对策

为实现依法行政，必须加强相关法律制度的建设与创新，在这方面，江泽民同志在党的十五大上所作的报告（《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》）已为我们提供了一个总体思路 and 方向：“加强法制建设。坚持有法可依、有法必依、执法必严、违法必究，是党和国家事业顺利发展的必然要求。加强立法工作，提高立法质量，到 2010 年

参见杨解君、温晋锋著：《行政救济法——基本内容及评析》，南京大学出版社 1997 年版。

法国的行政法治观念和实践也包含了对行政法治的保障部分。参见王名扬著《法国行政法》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 211—212 页。

形成有中国特色社会主义法律体系。维护宪法和法律尊严，坚持法律面前人人平等，任何人、任何组织都没有超越法律的特权。一切政府机关都必须依法行政，切实保障公民权利，实行执法责任制和评议考核制。推进司法改革，从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权，建立冤案、错案责任追究制度。加强执法和司法队伍建设。^①就具体操作而论，我们以为可针对不同领域的问题采取相应的对策和办法：

1. 立法方面

十多年来，我国的立法速度发展迅猛，无论是国人还是海外舆论都为之惊叹。这种状况既表明我国的立法驶入了“快车道”，重视法制建设，也说明了人民对于依法治国的渴求。但是，立法方面也出现了诸多问题，突出的问题表现在：立法的无序与不法，立法追求数量和速度而质量粗糙、漏洞颇多，法律、法规及规章之间冲突问题严重、立法存在较强的部门利益或地区利益之争，等等。如关于立法无序，曾有人概括为：立法越权（超越规范权限、超越立法次序、超出授权范围）、位阶无序（降位立法如本应法律规定的项却下放由行政法规规定、越位立法、顺序颠倒、位阶相混）、程序虚置、立法权旁落等；^②关于地方立法有人曾指出需警惕的一些误区，如贪多求快、贪多求全、部门权益倾向、管民不管官等；^③笔者也曾撰文剖析过立法的膨胀和质量问题。^④有鉴于此，我们不仅要强调“有法可依”，而且要强调有健全和良好的法可依，倘若连立法本身都存在问题，还如何要求行政机关和司法机关去执行法律和遵守法律呢？如仅就法律存在质量问题而言，就会影响法律的正确执行和有效实施，“或因无明晰的法律规定可

江泽民：《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》第六部分：政治体制改革和民主法制建设。

郭道晖：《立法无序现象及其对策》，《法律学习与研究》1990年第5期。

盛宝璋：《地方立法工作需要警惕的误区》，《时代主人》1995年第3期。

有关此类问题详见杨解君：《立法膨胀论》，《法学》1996年第3期。

循使执法者不能有效地适用法律，或因法律规定相互之间发生冲突而不知该如何适用法律，或因法律与现实生活之间出现裂缝和脱节而致法律的适用活动陷入窘境，所有这些都会弱化法律效力的实现。’^① 在立法方面，我们认为主要应：

其一，提高立法的民主化和科学化程度。“人民的利益是最高法律”，法律应是人民意志的体现，是人民利益的保护工具。因此，在立法上，我们应加大立法的民主化和公开化程度，提高法律的民意含量，而不能将法律简单地视为推行政策的工具。没有民主的参与机制，没有法律出台之前的草案公布、广泛征询意见和听取意见等民主程序，这样的法律至多只能作为一种政策来看待而不能视为良法。如果人民本身成了空中楼阁，无法知道是通过了一个法律还是根本就没有通过什么法律，那我们的法律还有什么“民意”或“公意”可言呢？同时，在扩大立法的民主化程度时，还必须加强立法的科学化程度。法律应与社会现实生活相一致，与社会的客观规律相适应，而不能具有盲目性和反科学性。为保证法律的现实性、可行性和科学性，我们以为可以实行民主立法与“专家立法”相结合的路子，从而做到民主性和科学性的统一。在这方面，19世纪的一位德国学者毛鲁斯（Heinrich Maurus）曾在《评现代宪政国为法治国》一书中阐述，立法宜由“对法律学理透澈、经验老到”之人来将全民意志形诸法条，这是法治国的必备条件，也是既定的立法秩序；人民（代表）仅需就这些“专家立法”后的草案行使表决权即可，而非直接由人民代表将国民意志形成法条。^② 我们认为，这种基本思路可在我国现行立法体制上予以实行。注重立法的科学化，从而使法律自身成为理性的产物。

杨解君：《法律漏洞略论》，《法律科学》1997年第3期，第13页。

陈新民：《德国十九世纪“法治国”概念的起源》，台湾《政大法学评论》1996年第55期，第65页。

其二，依法立法。立法本身也应按一定有序的规则进行，立法者自身也必须受到法律的拘束，而不能随意立法、滥立法。目前各种立法主体混乱、立法权限不清、立法程序不规范不完备，既降低了法律的权威性和严肃性，又带来法律的冲突问题并严重影响了法律的质量，这种不依法而制定的“法”，实则是“立法上的不法”。这种现象必须予以彻底根治，否则，何谈法制其他环节和法治的实现。我们必须完善和严格立法权限和立法程序，强调立法机关必须依照法定的职权范围、依照法定的程序立法。

其三，法律内容应涵摄道德。当人们强调法治的时候，往往容易否定道德，将道德与法治对立起来。法律与道德是并行不悖的，它们的目的都是在提高人民的物质和精神生活的品质，使人民获得幸福。而且，法律必须具有一定的道德基础和目的即获得道德的支持，没有道德支持的法律会与社会价值相冲突，而成为无用的法律，法律正因为有道德灌注其中，才有意义和生机。“法律不能逃脱社会中的道德意识和社会意识的变化的影响。企图证明法律应不计后果及其伦理和实际结果的法律教条主义，往往是不战自败和欺骗人的。”^①法治本身要求法律具有内在的道德性，不具有公正、平等、自由、信义、仁爱等道德观念的法律，绝不会是“良法”，其遵守的程度会大打折扣。当然关于法律在内容上应涵摄的道德范围，首先我们还面临着一个“治德”的问题（对外来道德的引入“对传统道德的‘扬’与‘弃’”）这是法治精神的内在需求。^③

其四，注重立法质量。法律、法规的生命力在于其质量。我

① [美]埃德加·博登海默著：《法理学——法律哲学和方法》，上海人民出版社1992年版，第225页。

② 参见顾肃：《论法治现代化的基本原则》，《江苏社会科学》1996年第4期，第46页。

③ 有关道德与法治的关系问题，可详见杨解君：《中国法治的体认——从道德视野谈中国法治之路》，《法律科学》1995年第6期。

国在重视立法的同时，中央和地方的立法速度都大为加快，也确实存在着片面追求数量而忽视立法质量的倾向，以致出台的法律、法规质量不高、稳定性差、可操作性差，不合格和劣质的法律产品较多。这种片面追求立法数量的做法，表面上似乎成绩可观，实则乃立法之大忌。我们不可能靠一个漏洞百出的法律体系来实行法治。江泽民同志也明确指出“加强立法工作，提高立法质量”，因此，从现实出发，我们一方面要加快立法，但又要避免操之过急，在加快立法的同时又不忽视提高立法质量，在讲求立法质量时又不影响其进度。当然其中质量是主要的，切不可数量牺牲质量。为此，必须做到：（1）改变目前法律、法规草拟中局部立法、部门立法现状，防止立法中渗入局部利益和部门利益而影响法律的普遍性、公正性、全局性和整体性；（2）提高立法者的素质；（3）重视立法技术；（4）在制定新法的同时及时废止、修改或补充旧法，以避免整个国家法律体系的混乱与冲突。

2. 执法方面

执法方面存在的问题往往与立法存在的欠缺密切相关。立法不易，执法更难。法律不只是起象征和观赏作用，它作用于社会，对社会关系必须能够起到调整作用。否则，就形同虚文。因此，法律贵在执行。执法方面存在的问题是法律没有得到有效地实施，法律的效力没有能够真正实现：一方面，不依法而无视法律的规定；另一方面难依法。两方面的结合而使执法呈现为无序与“疲软”。执法的无序和“疲软”，使法律权威和政府权威丧失。^①据报道，有位高层领导人对这一问题不无忧虑地说：有法不依，等于无法，甚至比无法的影响还要坏，因为它破坏了社会主义法制的尊严和权威。^②对法律不能有效实施，有关人士曾从四个方面分析，认为：

参见杨解君：《行政执法“疲软”论》，《江苏社会科学》1996年第4期。

参见李大宏、钟雪泉、宋锐：《既要立法又要监督执法——全国人大强化执法监督述评》，《瞭望》1995年第10期。

一是旧中国留给我们的封建传统专制多，民主法制少；二是中央与地方之间的利益关系和各个国家机关的职权划分还没有很好理顺，利益驱动相当严重从而助长了执法犯法；三是不能正确理解和处理深化改革与依法办事的关系；四是现行法律制度不完善，缺乏对滥用权力的有效制约制度。^① 笔者以为，除此而外，其中有一个重要的原因就是文化环境以及守法的精神和习惯。民情和官情是影响法律是否能得以实现的关键性因素。正如有入将这种情况归结为主体素质一样：“国家立法已向科学化方向大大迈进了一步，但社会秩序却游离于法律之外，而靠血缘的、亲缘的、乡缘的、情缘的等等关系结成，结果是法律对无数素质尚未提高的主体而言，不是提供了方便，而是设置了障碍；人们不是积极求诸法律，而是努力规避法律，从而使制定法大为逊色”。^② 解决法律的有效实施问题，除了完善立法和培养人们敬法守法精神外，^③ 主要可从如下几方面的制度着手：

其一，强化对执法的监督机制。应建立对滥用权力、违法行使权力的制约监督体制，从而矫正违法和规避法律的现象，确立宪法和法律的至高无上的权威地位。这方面的制度可建立违宪审查制、独立公正的司法审查制度、立法监督制度、舆论监督制度、行政系统的自我制约机制等等。

其二，提高执法者的素质。法治排除的是少数人的专横、任意统治，法治的实现并不是只有法律规定即可，它必须要由人来实现。因此，法治并不排除人——法律的执行者。法律的实施，离不开执法者，而且还需要具有高素质的执法者。王安石曾言“吏不良则有法而莫守，法不善则有财而莫理”，可见执法者的素质对法律实施的影响。“任何一种法律制度再好也是需要人去贯彻、执

参见李大宏、钟雪泉、宋锐：《既要立法又要监督执法——全国人大强化执法监督述评》，《瞭望》1995年第10期。

谢晖：《法律信仰与法律怀疑精神》，《法律科学》1995年第6期、第5页。
关于培养人们敬法守法精神在后文有关观念部分述及。